

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/158175>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-05 and may be subject to change.

Dit is de rechter die de wet u toewijst

Het is mei 2017. Bij het Haagse Gerechtshof dient het hoger beroep tegen het geruchtmakende klimaatvonnis waarbij de Staat op vordering van Urgenda tot het voeren van een stringenter klimaatbeleid werd veroordeeld.¹ De behandelend raadsheren blijken alle drie lid van de VVD.

Is dat een probleem?

Bij zulke vragen trekt de rechtgeaarde jurist een plechtig gezicht en antwoordt: neen. De rechter past het recht toe. Een professionele rechter kan dat onpartijdig.

De Rechtbank Den Haag gooide het in de aanloop naar het tweede Wilders-proces over een andere boeg. Zij koos de vlucht naar voren en liet bij monde van haar persrechter uitdrukkelijk weten dat geen van Wilders' rechters lid was van een politieke partij.² Dat wekte op zijn minst de suggestie dat een partijlidmaatschap van een rechter relevant is voor zijn beoordeling van een zaak, en het zal niet verbazen dat dit de rechtbank op de nodige afkeurende reacties kwam te staan.³ Ik deel het ongemak dat deze mededeling oproept, maar vraag mij toch af of de rechtbank hier nu zoveel valt te verwijten.

Het lijkt onomstreden dat het beeld van de rechter als een onbezielde *bouche de la loi* die slechts de woorden van de wet spreekt, achterhaald is (en overigens ook nooit geheel accuraat zal zijn geweest).⁴ De wet, of beter: het recht, bevat talloze open normen en vage beginselen waarvan de toepassing een autonome beoordeling vergt. Daarbij zal de rechter vaak moeten teruggrijpen op zijn normatieve intuïtie. Nu is die intuïtie bij een ervaren rechter een geschoolde intuïtie die hem in staat stelt de eigen afwegingen vergaand in lijn te brengen met die van collegae. Toch zullen eigen opvattingen, ervaringen, karakter en andere zeer persoonlijke eigenschappen zelden helemaal zijn uit te schakelen bij de beoordeling of er sprake is van een 'dringende reden' voor ontslag, 'onzorgvuldige gevaarstelling' voor het klimaat of 'onnodig grievende' uitlatingen over minderheden – om maar wat voorbeelden te noemen.

Wellicht zal de verstokte legist dit onwenselijk vinden, maar de meeste hedendaagse juristen zullen het bestaan van een zekere rechterlijke autonomie (en de daarmee onvermijdelijk gepaard gaande invloed van de persoon

van de rechter) aanvaardbaar en zelfs wenselijk vinden. Aanvaardbaar, omdat (en zolang) de rechter daarmee blijft binnen de grenzen die de wet aan zijn oordeelsvrijheid stelt en omdat het systeem van rechtsmiddelen voorkomt dat individuele rechters ál te ver uit de pas lopen. Wenselijk, omdat een samenleving die zich een flexibel rechtssysteem wenst dat rechtvaardige oplossingen blijft bieden voor steeds nieuwe problemen, haar rechters enige autonomie móét toekennen. Niettemin zou ik, ware ik betrokken bij *Urgenda*, van bovenstaande zaakstoedeling niet vrolijk worden. Het is geen geheim dat de gemiddelde GroenLinks-stemmer anders denkt over CO₂-politiek dan de gemiddelde VVD'er. Hoe deze raadsheren er echt over denken, weten wij vooraf natuurlijk niet, maar het is bij bovenstaande zaakstoedeling een *fair guess* dat de *kans* aanzienlijk is dat partijen hier toevallig drie raadsheren tegenover zich treffen die zich juist in dit soort zaken terughoudend willen opstellen. Dat betekent niet dat die rechters *partijdig* zijn – een professionele rechter zal geen persoonlijke sympathieën voor een van partijen in zijn beslissing laten meewegen. Maar een persoonlijk bepaalde, politiek-ethische attitude kan wel van invloed zijn op de vele normatieve knopen die de rechter in een zaak moet doorhakken en die invloed doet zich zeker gelden bij maatschappelijk gevoelige, spraakmakende zaken die nieuw zijn in hun soort.

Moeten wij dan van rechters verlangen dat zij hun partijlidmaatschap opzeggen? Het is maar zeer de vraag of dat het probleem – voor zover het dat is – oplost. Iemand die tegen zijn werkgever procedeert wegens homodiscriminatie, schat zijn kansen wellicht iets zonniger in als zijn rechter geen lid meer is van de SGP, maar voor hetzelfde geld blijft die rechter wel ouderling bij de hersteld hervormde gemeente. Heel veel maatschappelijke activiteiten kunnen het gerechtvaardigde vermoeden vestigen dat de rechter enige affiniteit heeft met een bepaald gedachtegoed of een zekere empathie voor de problemen van een specifieke groep justitiabelen. Moeten rechters, als zij toch bezig zijn, dan meteen ook maar hun activiteiten voor Amnesty International, Stichting Bankjurist in Opleiding, Vluchtelingenwerk, het kerkbestuur of de KNVB afbouwen? Dat lijkt mij het kind met het badwater weggooien. Van een beroepsgroep die het voorrecht heeft om over anderen te oordelen, mag bij uitstek maatschappelijke betrokkenheid worden verwacht. Nieuwe rechters worden daar niet voor niets mede op geselecteerd. Het engage-

1. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda/Staat*).

2. *NRC Handelsblad* 5 maart 2016.

3. Zie bijv. F. Grapperhaus, 'Laat rechters vrij denken', *Het Financieel Dagblad* 7 maart 2016; Jan van der Grinten & Tom Barkhuysen, 'Partijlidmaatschap van rechters is niet relevant', *de Volkskrant* 11 maart 2016 en Reiner de Winter, 'De zaak W.', *NJB* 2016/594.

4. Schönfeld betoogt overigens met verve dat Montesquieu, aan wie de opvatting van de mechanisch subsumerende rechter vaak wordt toegeschreven, dit zo niet bedoeld heeft (K.M. Schönfeld, *Montesquieu en 'la bouche de la loi'* (diss. Leiden), Leiden: New Rhine Publishers 1979). Dat doet er niet aan af dat deze opvatting – al zij deze niet van Montesquieu afkomstig – een belangrijke, 'contrasterende' rol speelt in de rechtstheoretische literatuur.

ment dat spreekt uit een lidmaatschap van een politieke partij lijkt dan ook eerder een voor- dan een nadeel, al zou je wel hopen dat de rechterlijke macht erin slaagt om rechters met uiteenlopende affiniteiten aan te trekken. Het is bij wijze van spreken toe te juichen dat sommige rechters lid zijn van D66, maar als ze dat allemáál zijn, wordt het leven wel eenzijdig.

Moeten gerechtsbesturen dan voor politiek gevoelige zaken de rechters selecteren wier curriculum vitae de minste aanstoot zal geven?

Als wij dat zouden willen, dan kan dat op twee manieren: achter de schermen of transparant.

In een moderne rechtsstaat lijkt het (mij) principieel al problematisch als gerechtsbestuurders buiten het zicht van het publiek zouden 'schuiven' met de toedeling van zaken aan individuele rechters. Maar op den duur zouden zulke manipulaties waarschijnlijk toch gaan opvallen. Een vermoeden van bewust schuiven met zaken tussen rechters zónder dat duidelijk wordt op welke gronden dat gebeurt, zal het vertrouwen in de rechtspraak niet versterken.

Naar ik aanneem hebben zulke overwegingen ten grondslag gelegen aan de mededelingen van de Haagse Rechtbank. Er is voor de Wilders-zaak bewust gezocht naar politiek 'neutrale' rechters, en de rechtbank heeft daar vervolgens, zo neem ik althans aan, openheid over willen betrachten. Eigenlijk siert haar dat. En tegelijk creëert zij daarmee een probleem. Als in de ene gevoelige zaak bewust naar rechters met een neutraal cv wordt gezocht, waarom in de andere zaak dan niet? Kan in het hoger beroep in de klimaatzaak nu ook een probleem gemaakt worden van VVD-raadsheren? Kan inroostering van een VVD'er worden gecompenseerd door die van een collega van de PvdA? Kan de Staat klagen over raadsheren die actief zijn voor Greenpeace? Kan ook Jos van Rey aanspraak maken op partijloze rechters? Selectie op een neutraal cv zou wel eens een gebed zonder einde kunnen worden, waarvan bovendien maar zeer de vraag is of het uiteindelijk het vertrouwen in de rechtspraak ten goede komt.

De kern van het probleem is natuurlijk het feit dat het rechtbankmanagement met zaken kán schuiven. Zodra het management dat kan, dringt zich in concrete zaken al snel de vraag op waarom dat daar (niet) is gebeurd.

In een lezenswaardig artikel zette Baas onlangs het strikte, (typisch) Duitse systeem van zaakstoedeling uiteen. Het komt erop neer dat er lang vooruit een zaaktoedelingsrooster wordt gemaakt, waarbij rekening wordt gehouden met ervaring en deskundigheid van de beschikbare rechters. Zaken die vallen in (vooraf bepaalde) categorieën worden vervolgens via 'blinde' criteria (tijdstip van binnenkomst, alfabetische volgorde e.d.) bij rechters of kamers ingeroosterd. Concrete rechters worden slechts van de zaak afgehaald als er persoonlijke betrokkenheden zijn die een schijn van partijdigheid zouden kunnen wekken.⁵

Het wettelijk vastleggen van een dergelijk objectief toedelingssysteem is ook voor Nederland sterk aan te raden, zoals recent ook werd bepleit door Van Emmerik en Schuurmans.⁶ Hun betoog valt van harte te onderschrijven. Gedoe over zaakstoedeling zal naar verwachting de komende jaren eerder toe- dan afnemen. Partijen weten tegenwoordig vooraf wie hun rechters zijn, en zij kunnen online heel veel te weten komen over hun ideeën en affiniteiten. Een moderne rechterlijke macht die toch blijft zoeken naar maatschappelijk geëngageerde rechters en die niet verhuult dat de persoon van de rechter soms van invloed is op zijn oordeel, moet op vragen over zaakstoedeling het enige antwoord kunnen geven dat daarop past: dit is de rechter die de wet u toewijst – en daar zult u het mee moeten doen.

RJBS

5. R. Baas, 'Hoe een zaak bij de rechter komt. Over waarborgen bij de zaakstoedeling', in: R. Baas e.a. (red.), *Rechtspleging en rechtsbescherming* (liber amicorum Leny de Groot-van Leeuwen), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 125-139.

6. M. van Emmerik & Y. Schuurmans, 'Meer transparantie bij rechterlijke zaakstoedeling dringend gewenst', *NJB* 2016/593.